

Ai sensi degli artt. 16 bis, commi 2 e 9 bis, 16 decies e 16 undecies del DL n. 179/2012, nonché dell'art. 136, comma 2 ter, del D. Lgs. 104/2010, si dichiara che la seguente copia informatica, per la quale si procede a notifica a mezzo pec, tratta con modalità telematiche dall'esemplare presente nel fascicolo informatico, reso disponibile dai servizi informatici e telematici del competente plesso giurisdizionale, è conforme ad esso esemplare informatico ed equivale dunque all'originale



Documento firmato da:  
Chiara Casadio  
07.12.2022 10:43:13  
UTC

## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

CT 1300.2022

### CORTE DI APPELLO DI MESSINA

#### SEZIONE LAVORO

#### Ricorso In Appello

Per il **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE**, già Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro *pro tempore* (C.F. 80185250588), per **l'U.S.R. per la Lombardia**, Ambito territoriale di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Messina (C.F. ADS80003660836) con sede in Messina, Via dei Mille n. 221 (pec: [ads.me@mailcert.avvocaturastato.it](mailto:ads.me@mailcert.avvocaturastato.it); fax 090-674168), presso i cui uffici domiciliario *ex lege*;

#### CONTRO

#### PAPARONE Valentina,

rappresentata e difesa dall'Avv. Santina Franco presso il cui studio è elettivamente domiciliata;

#### E NEI CONFRONTI DI

tutti i **docenti controinteressati** della scuola primaria posto comune e lingua inglese coinvolti nella mobilità 2020/2021 e 2021/2022 e trasferiti nella provincia di Messina

#### PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA

della sentenza del Tribunale di Patti n. 1175/2022, G. Lav. Fabio Licata, pubblicata in data 06/07/2022 – R.G. Lav. 3768/2021.

#### FATTO E SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

La Sig.ra Paparone, docente di scuola primaria, assunta con contratto a tempo indeterminato con decorrenza giuridica dal 1.9.2015, titolare presso l'I.C. Via Della Cammenda Milano ed in effettivo servizio presso l'I.C. 2 di Capo D'Orlando a seguito di assegnazione provvisoria, ha rappresentato nel I grado di giudizio di aver partecipato alla procedura di mobilità per l'A.S. 2020/21 e 2021/22 al fine di ottenere il trasferimento presso una sede più vicina alla famiglia, avendo la necessità di accudire il padre disabile grave, di cui la stessa è unica referente.

Per ciò che in questa sede rileva, la docente ha chiesto l'accertamento del suo diritto a fruire della precedenza asseritamente prevista dall'art. 33, comma 5, della L. n. 104/92 in quanto referente unica del padre, portatore di *handicap ex art. 3*, comma 3, L. 104/92.



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

Tuttavia, l'Amministrazione scolastica non ha attribuito all'odierna appellata la preferenza di cui sopra, come noto esclusa per i trasferimenti interprovinciali dalla normativa di settore allo stato vigente, in considerazione peraltro del fatto che in sede amministrativa controparte in alcun modo aveva fatto valere tale precedenza.

Così, controparte ha convenuto le Amministrazioni in epigrafe innanzi al Tribunale di Patti, chiedendo accertarsi e dichiararsi il proprio, asserito diritto al riconoscimento del diritto di precedenza *ex art. 33 della L. 104/1992*, con conseguente disapplicazione delle disposizioni di cui all'art. 13 del C.C.N.I. applicabile *ratione temporis*, nella parte in cui non assicura la precedenza assoluta nelle operazioni di mobilità interprovinciale in favore dei docenti che prestano assistenza al parente con *handicap* in stato di gravità. Per l'effetto, ha chiesto dichiararsi il proprio, presunto diritto al trasferimento con diritto di precedenza presso uno degli ambiti territoriali maggiormente graditi, dalla stessa indicati nella domanda di mobilità interprovinciale.

L'Amministrazione scolastica ha resistito in giudizio evidenziando come controparte non avesse depositato documentazione a sostegno di tale richiesta in sede amministrativa e come, conseguentemente, la stessa non fosse esaminabile. Sottolineava inoltre che la precedenza riconosciuta per l'assistenza al disabile non trova riconoscimento nell'ambito delle operazioni di mobilità interprovinciale, ove la tutela per il soggetto bisognoso di assistenza è accordata mediante **assegnazione provvisoria**, precisando che, in ogni caso, la docente sarebbe stata sopravanzata da soggetti titolari di maggior punteggio o di un diritto di precedenza superiore a quello dalla stessa vantato.

Ciononostante, il Giudice di prime cure ha inopinatamente accolto il ricorso avversario, dichiarando il diritto della docente ad essere trasferita in altro ambito territoriale nel rispetto del diritto di precedenza di cui all'art. 33, comma 5, l. 104/1992, con condanna dell'Amministrazione scolastica al pagamento delle spese di lite, liquidate nell'importo pari ad € 3.600,00 per compensi, oltre contributo unificato, Iva, cpa e spese forfettarie.

Ciò doverosamente esposto in punto di fatto, la sentenza, errata ed ingiusta, merita di essere riformata per seguenti motivi in

### DIRITTO

Con il presente atto si impugna il capo di sentenza con cui il Giudice di prime cure ha dichiarato che: *“Va riconosciuto, dunque, alla ricorrente il diritto a far valere tale*



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

*precedenza e ad inserirla nella relativa domanda di mobilità per l'A.S. 2021/22, senza la limitazione derivante dall'attuazione sequenziale delle tre fasi di mobilità previste dalle disposizioni del Ministero convenuto". E ancora: "Le anzidette disposizioni contrattuali dell'art. 13 CCNL cit. per la mobilità dei docenti per l'a.s. 2021/2022 appaiono dunque illegittime e vanno disapplicate, facendo valere la precedenza assoluta per l'assistenza al padre disabile ed a inserirla nella relativa domanda, nel rispetto dei diritti di cui all'art. 33 co. 5 l. 104/92 e del punteggio conseguito" [...] conseguentemente deve essere accertato il diritto della ricorrente a scegliere con precedenza assoluta su tutte le sedi che erano disponibili per la mobilità 2021/2022, in assenza di lavoratori che vantino titoli uguali o superiori o superiori, e tenuto conto del punteggio riportato, indipendentemente dalla suddivisione in fasi, e ad essere assegnata definitivamente nella sede che le spetterebbe, tenuto conto delle sedi indicate in domanda e del punteggio riportato".*

In particolare, la decisione del Tribunale di Patti si appalesa erronea per due ordini di motivi:

- 1) In primo luogo, il Tribunale di Patti ha del tutto ommesso di considerare quanto eccepito dall'Amministrazione nel I grado di giudizio, ossia che la ricorrente ha partecipato alla procedura di trasferimento interprovinciale 2020/21 senza tuttavia far valere il diritto di precedenza, quale referente unico di genitore disabile, e senza allegare alcunché;
- 2) In secondo luogo, la decisione del Tribunale di Patti è in stridente contrasto con l'ormai consolidato orientamento dei giudici di merito e, soprattutto, con quanto statuito dalla **Suprema Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, con la recente ordinanza n. 4677 del 22/02/2021**, la quale ha affrontato la questione dei trasferimenti interprovinciali dei docenti che assistono un genitore disabile pronunciandosi in senso favorevole all'Amministrazione scolastica.

### **Erroneità della sentenza. Inammissibilità domanda avversaria.**

Ebbene, con riferimento al **primo profilo**, si osserva che la ricorrente non può chiedere al Tribunale di accertare il suo diritto a godere della precedenza, se non ha nemmeno provato a far valere tale precedenza in sede amministrativa.

Al riguardo, si evidenzia che i termini per le domande di trasferimento interprovinciale hanno natura perentoria, cosicché, non avendo la stessa fornito documentazione a sostegno del suddetto diritto in tale sede, la domanda non può oggi esser oggetto di scrutinio da parte dell'Autorità Giudiziaria, né la ricorrente



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

può di fronte al Tribunale supplire alla precedente omissione di documentazione.

Ed infatti, quanto affermato non può esser scalfito dal ragionamento del Tribunale di Patti, il quale ha dato atto che *“l’amministrazione ha concesso al ricorrente la preferenza relativa all’assistenza come referente unico di familiare disabile ai fini della concessione dell’assegnazione provvisoria, così implicitamente ammettendo tale sua qualità...”*.

Invero, il Giudice di *prime cure* afferma arbitrariamente che il Ministero sarebbe stato dunque a conoscenza della situazione della ricorrente, atteso che la stessa godeva già di assegnazione provvisoria, senza minimamente considerare che vi era un obbligo di depositare la documentazione a sostegno della domanda di trasferimento interprovinciale entro un termine perentorio (pena altrimenti una disparità di trattamento con gli altri partecipanti alla gara) e che le due procedure sono totalmente differenti e condotte anche da Uffici differenti: il trasferimento interprovinciale è seguito dall’ufficio scolastico di titolarità (ossia quello, nel caso di specie, di Milano), mentre l’assegnazione provvisoria dall’Ufficio di richiesta (e quindi Messina).

Ne consegue che in alcun modo l’Amministrazione poteva essere a conoscenza e che comunque gravava sull’odierna appellata il dovere di presentare la domanda entro un termine, fornendo tutta la documentazione a sostegno

Vorrà pertanto l’Ill.ma Corte di Appello adita, in riforma della sentenza di I grado, dichiarare che la ricorrente non poteva agire in sede giudiziale per il riconoscimento del diritto ad ottenere il trasferimento interprovinciale, non avendo in sede amministrativa fatto valere la precedenza, né depositato documentazione a sostegno che, pertanto, in questa sede, deve ritenersi inammissibile.

### **Violazione di legge. Erronea interpretazione della normativa in materia.**

Pur ritenendo assorbente quanto preliminarmente eccepito, passando così al secondo profilo di erroneità della sentenza impugnata, si evidenzia altresì nel merito che il Tribunale di Patti, con capo di sentenza che si impugna, ha affermato *“Conseguentemente, l’art. 13 punto IV CCNI sulla mobilità del personale docente per l’a.s. 2022/25, nella parte in cui limita ai soli trasferimenti nell’ambito provinciale il diritto di precedenza del figlio referente unico per l’assistenza del genitore in condizioni di disabilità grave, comprime in maniera significativa l’effettività dei diritti riconosciuti dalle norme imperative appena richiamate, senza alcuna giustificazione”*.

Tale conclusione è in stridente contrasto con la giurisprudenza di legittimità sopra citata (Cass. Sez. Lavoro n. 4677 del 22/02/2021).

Il caso esaminato in sede di legittimità, invero, risulta sovrapponibile a quello



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

oggetto dell'odierno gravame, avendo i Giudici della Cassazione affrontato il caso di una docente familiare di riferimento del padre, portatore di *handicap* grave, la quale aveva chiesto l'applicazione del diritto di precedenza *ex art.* 33, comma 5, della L. 104/92 in un caso di trasferimento interprovinciale.

Nell'argomentare la soluzione prospettata, la Corte ha preso le mosse dall'ormai ovvia considerazione secondo cui l'art. 33, comma 5, della L. 104/92 non attribuisce al lavoratore un diritto incondizionato. Tale disposizione, infatti, nel prevedere che: *“Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto di scegliere ove possibile la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere”*, ammette un bilanciamento tra contrapposti interessi, di modo che l'esercizio del diritto di scelta risulti compatibile con le esigenze organizzative dell'Amministrazione datrice di lavoro.

Fatta la superiore premessa, i Giudici di legittimità hanno passato in rassegna le disposizioni di cui all'art. 13 del C.C.N.I. mobilità personale docente, educativo e ATA scuola per l'a.s. 2016/2017 il quale (analogamente a quanto previsto dal C.C.N.I. applicabile al caso che ci occupa), per il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità, opera una distinzione tra trasferimenti provinciali e interprovinciali. In particolare, per questi ultimi, la norma prevede che il lavoratore abbia diritto ad usufruire della precedenza tra province diverse **esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria, fermo restando il diritto a presentare la domanda di mobilità.**

Orbene, per quanto di interesse, la Suprema Corte, così accogliendo il ricorso proposto dall'Avvocatura erariale, ha ritenuto che: *“Così conformato il contenuto dell'art. 13 CCNI, **la disciplina della precedenza nei trasferimenti interprovinciali, in esso prevista, non contrasta con la previsione della L. n. 104 del 1992, ponendo in evidenza che assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, la stessa soddisfa l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che proprio la L. n. 104 del 1992 privilegia. La contrattazione collettiva integrativa ha bilanciato, come nella precedenza provinciale (FASE A, punto), così nella precedenza interprovinciale, l'agevolazione della preferenza per il figlio che assiste il genitore in situazione di gravità con le esigenze dell'Amministrazione, riconoscendola sia pure in via provvisoria pur in mancanza di quelle ulteriori condizioni, come***



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

sopra precisate, fissate nel rispetto del legittimo bilanciamento dei diversi interessi che vengono in rilievo”.

Rapportando il superiore principio al caso di specie, è evidente che il Giudice di prime cure abbia erroneamente ritenuto che l'art. 13 del CCNI mobilità applicabile *ratione temporis*, secondo cui la precedenza *ex art 33 L. 104/92* va riconosciuta soltanto nell'ambito dei trasferimenti interprovinciali, si ponga in contrasto con la normativa primaria di riferimento.

Anzi, avuto riguardo alla corposa normativa di settore, oltre che alle esigenze pubblicistiche da tenere debitamente in considerazione in un necessario giudizio di bilanciamento, la prospettiva del primo Giudicante appare miope.

Invero, questi non ha tenuto conto della *ratio* sottesa alla disciplina di cui all'art. 33, la quale si rinviene nell'intento del legislatore di prestare una tutela a soggetti portatori di *handicap* in un'ottica di bilanciamento dell'interesse assistenziale con l'opposta esigenza di garantire l'efficienza dell'organizzazione lavorativa e le analoghe pretese di altri soggetti coinvolti.

In sintesi, fulcro della disciplina di cui alla legge n. 104 del 1992 è la tutela del portatore di handicap e non, invece, la modifica della posizione del dipendente che chieda di assistere il proprio familiare infermo o il suo riavvicinamento al nucleo familiare di appartenenza (Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3526; 21 febbraio 2005, n. 565).

Dunque, l'Amministrazione deve certamente tenere in debito conto i bisogni personali e familiari dei suoi dipendenti, ma non certo subordinare ad essi la realizzazione dei propri compiti istituzionali.

La norma in questione, inoltre, prevedendo una disciplina generale e di principio, non prevede limitazioni quanto alle modalità attuative sempreché, nella sua concreta applicazione, non ne sia vanificato il significato.

Ciò posto, nulla vieta che in sede di contrattazione collettiva, le Parti sociali, soggetti portatori degli interessi coinvolti, precisino ulteriormente ed in concreto i criteri per fruire di tale agevolazione: anzi, è proprio in quella sede che le Amministrazioni possono far valere eventuali linee interpretative per giungere ad una regolamentazione concordata dell'applicazione dell'art. 33 per gli aspetti non espressamente disciplinati dalla normativa primaria.

Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, i docenti parenti di disabili gravi non godono di un diritto di precedenza in sede di operazioni di mobilità interprovinciali ma, tuttavia, **essi godono di una precedenza nelle operazioni**



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

**annuali di assegnazione provvisoria.** Si tratta di un beneficio sicuramente equiparabile, se non di maggior favore, rispetto a quello del riconoscimento di un punteggio aggiuntivo.

Sul punto, non pare un fuor d'opera richiamare un'altra, autorevole sentenza della Suprema Corte di Cassazione che, chiamata a pronunciarsi in fattispecie analoga, ha affermato quanto segue: “in materia di diritto del lavoratore pubblico alla scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, il contratto collettivo decentrato 31 maggio 2002 per il personale dei Conservatori pubblici, con riferimento alle situazioni di handicap, prevede una graduazione nelle precedenze relative alle "operazioni di trasferimento", assegnando le priorità a seconda delle categorie di menomazione, e, in particolare, nel riconoscere le esigenze di famiglia del personale docente, stabilisce l'attribuzione di punteggi per la cura e l'assistenza di parenti conviventi diversi dai figli e dal coniuge e, quindi, nel caso debba prestarsi assistenza ad un genitore. Dette disposizioni risultano coerenti con l'art. 33 della l. n. 104 del 1992, assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una considerazione ai fini del trasferimento, sicché, nonostante la natura negoziale, tale disciplina soddisfa l'esigenza basilare dell'amministrazione alla corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che la l. n. 104 del 1992 privilegia” (Cass. Civ., sentenza 15 gennaio 2016, n. 585).

D'altronde, non tutte le situazioni che potenzialmente potrebbero ricadere nell'ambito applicativo della norma rivestono medesima importanza. È indubbio che le Parti sociali, in sede di contrattazione collettiva, possano graduare il diritto di precedenza, dando priorità ad alcune situazioni di assistenza rispetto ad altre, quantomeno ai fini della definitività o meno dell'assegnazione. Del resto, sulla scorta del principio di uguaglianza sostanziale, è evidente come situazioni diverse vadano trattate in maniera diversa.

Si tratta di un bilanciamento necessario a fronte del fatto che soddisfare indistintamente tutte le richieste senza effettuare una logica graduazione delle esigenze comporterebbe l'implosione del sistema, in particolare di quello scolastico che, negli ultimi anni, ha visto crescere esponenzialmente le domande di mobilità. Risulta, dunque, del tutto legittimo che il CCNI stabilisca, in modo oggettivo e predeterminato, la graduazione di tutte le tipologie di precedenza, secondo un ordine che non è stabilito arbitrariamente dal datore di lavoro, bensì è il frutto di una valutazione concordata con i rappresentanti sindacali dei lavoratori nell'ottica di comporre le contrapposte ragioni.



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

**In aggiunta e sempre partendo dall'assunto per cui l'art. 33 detta una disciplina di principio, tale norma nulla specifica in ordine alla definitività o meno del trasferimento potendo, dunque, l'assegnazione essere temporanea.**

Tale circostanza trova ancor più senso alla luce del fatto che la situazione di handicap del familiare potrebbe subire delle variazioni. Il beneficio previsto dalla l. 104/92 è, infatti, strettamente collegato al **permanere** della situazione che ne ha giustificato la fruizione. Del resto, è noto che i trasferimenti nel pubblico impiego soggiacciono a precise regole normativamente stabilite. Orbene, non vi è chi non veda come l'eventuale condivisione della posizione giuridica del Tribunale di Messina determinerebbe un pressoché totale sovvertimento di tali regole, **determinando, tra l'altro, palesi disparità di trattamento, per l'indiscusso vantaggio che ne deriverebbe per tutti coloro che, inizialmente trasferiti in virtù della legge n. 104/92, si troverebbero a mantenere la sede di servizio in tal modo acquisita, nonostante i presupposti siano venuti meno.**

In un caso analogo a quello oggetto del presente giudizio, la Corte d'Appello di Ancona si è soffermata proprio sulla tutela apprestata dall'assegnazione provvisoria, affermando che: **“per gli spostamenti tra province diverse si giustifica la disciplina negoziale che, nell'ottica di graduare le più svariate esigenze di mobilità di tutto il personale, e di bilanciare i molteplici e confliggenti interessi in gioco, ha previsto per il figlio di genitore inabile la possibilità di fruire della precedenza esclusivamente nelle operazioni di assegnazione provvisoria. Detto istituto, infatti, differisce dal trasferimento unicamente per il suo carattere temporaneo, che impone di anno in anno la valutazione, da parte dell'Amministrazione datrice di lavoro, di sussistenza delle concrete condizioni per l'espletamento dell'attività lavorativa in una piuttosto che in altra sede. Le verifiche annuali - circa la persistenza della particolare situazione familiare del lavoratore che gli dia titolo alla precedenza, e circa la concreta possibilità di effettuare lo spostamento di sede, in base alle vacanze in organico che residuano all'esito delle altre operazioni da effettuarsi prioritariamente - sono condizioni legittimamente poste dalle Parti Sociali al concreto esercizio del diritto vantato, in un'ottica di “...corretta gestione della mobilità del personale... nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che, come sopra evidenziato, la legge privilegia...” (così Cass. cit. in parte motiva). [...] Si può, dunque, affermare che nel loro complesso le disposizioni del CCNI 2017/2018 risultano conformi alla surriferita lettura dell'art. 33 della legge n. 104/92, in quanto regolamentano il diritto di precedenza nelle**



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

operazioni di mobilità territoriale, attraverso una considerazione differenziata di situazioni diverse - e collocabili in ordine decrescente di gravità, rispetto alla comune esigenza di assistenza al portatore di handicap - per ciò stesso ragionevole ed in linea con la ratio legis”.  
(Corte di Appello di Ancona, sentenza 26 luglio 2019, n. 241).

**Peraltro, anche codesta Corte d'Appello di Messina con sentenza emessa il 02/02/2021, nel ricorso recante R.G. 403/2019 si è espressa in senso favorevole all'Amministrazione Scolastica.**

È evidente, allora, - anche alla luce della giurisprudenza citata - come le disposizioni del CCNI si pongano in sintonia - e non in contrasto - con l'interpretazione della L. n. 104 del 1992, art. 33, sopra accolta e, soprattutto - si ribadisce - predispongano una regolazione del diritto di precedenza, assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una giusta considerazione ai fini del trasferimento. Nonostante la sua natura negoziale, tale disciplina soddisfa una esigenza basilare dell'Amministrazione, quale la corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell'ambito del principio del bilanciamento degli interessi che, come sopra evidenziato, la legge privilegia.

Alla luce di quanto suesposto, ne deriva che il Tribunale di Patti non solo ha malamente interpretato l'art. 33 l. 104/92 ma l'ha dotato, altresì, di un significato ultroneo ed eccedente rispetto alla sua ratio.

Inoltre, occorre tenere in debita considerazione che, nel caso di specie, datore di lavoro non è un privato ma una Pubblica Amministrazione, la quale ha l'obbligo di agire nel rispetto di limiti diversi rispetto al datore di lavoro privato. L'Amministrazione deve, infatti, agire nel costante perseguimento dell'interesse pubblico evitando di creare situazioni di vantaggio di alcuni dipendenti rispetto ad altri, circostanza quest'ultima che si sarebbe senz'altro realizzata ove avesse disposto il trasferimento dell'appellata in violazione della disciplina di riferimento. In conclusione, occorre ribadire che ove venisse accolta l'interpretazione della norma, verrebbe sacrificato l'interesse dell'Amministrazione consistente nel porre in essere un'ordinaria programmazione dell'impiego del personale, nel pieno rispetto dei ben noti principi di imparzialità e buon andamento.

**A questo punto, la ratio dell'art. 13 del CCNI sulla Mobilità siglato il 06/03/2019, appare chiarissima: se ogni docente potesse ottenere l'immissione in ruolo in una determinata provincia e subito chiedere ed**



ottenere di essere trasferito in altra provincia per assistenza a genitori disabili, verrebbe meno ogni programmazione ministeriale relativa al numero dei docenti da immettere in ruolo per far fronte a necessità organizzative del sistema pubblico scolastico.

Per eccesso, se ogni docente ottenesse il trasferimento interprovinciale avvalendosi del fatto di essere “referente unico”, una volta ottenuto il trasferimento, potrebbe “cedere” ad altro familiare il diritto di “referente unico” perché possa, a sua volta, ottenere il trasferimento interprovinciale.

Per questo motivo, il referente unico di familiare disabile grave (ad eccezione dell’assistenza a coniuge e figlio disabile), può far valere la precedenza solo nelle operazioni di assegnazione provvisoria annuale e non può farla valere nei trasferimenti interprovinciali. Questa soluzione appare, al contrario di quanto sostenuto dal primo Decidente, rispettosa delle norme di legge che tutelano il disabile, il quale può comunque beneficiare della necessaria assistenza per il tramite dell’assegnazione annuale.

D’altronde, deve rammentarsi che il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto lo stesso inciso “ove possibile” di cui all’art. 33, comma 5, L. 104/91, n.d.r. richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, in quanto in tali casi – segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico – potrebbe determinarsi un danno per la collettività (Cass. 829/2011, 12692/2002, 7945/2008).

Ciononostante, la sentenza oggetto del presente ricorso giunge a conclusioni errate e assolutamente non condivisibili, poiché nell’operare un raffronto tra la disciplina pattizia e l’art. 33 della L. 104/92, dà un’interpretazione della normativa primaria del tutto slegata dal contesto costituzionale di riferimento.

Il primo Decidente, infatti, fornisce una lettura eccessivamente e immotivatamente restrittiva della disposizione da ultimo citata, dichiarando, senza soffermarsi sulle ragioni a fondamento della propria determinazione, che la normativa pattizia si ponga in contrasto con quella primaria e imperativa.

Tuttavia, il superiore assunto omette del tutto di considerare che se l’Amministrazione potesse accordare a tutti coloro che assistono un disabile la sede da essi indicata in via definitiva, ciò creerebbe una gravissima disparità di trattamento, oltre che un nocumento alle esigenze pubblicistiche



### di carattere organizzativo (la distribuzione dei docenti, ad esempio).

In altri termini, l'errore sta nel ritenere che l'art. 33 L. 104/92 debba essere interpretato come norma attributiva di un diritto di precedenza della sede all'assistente del disabile in via definitiva, laddove una interpretazione sistematica, che impone il confronto della suddetta norma con gli artt. 3 e 97 della Costituzione - che impongono, rispettivamente, l'obbligo di garantire l'eguaglianza sostanziale e quello di operare in maniera imparziale alla Pubblica Amministrazione - esclude trattamenti preferenziali non giustificati. Volendo essere ancora più puntuali, il principio di eguaglianza sostanziale vuole e pretende che non si creino discriminazioni, neanche alla rovescia. Sicché, nel caso di un lavoratore che assiste un disabile, non si vede perché la legge dovrebbe imporre una preferenza, all'atto della mobilità, in via definitiva, così creando una discriminazione alla rovescia in aperta violazione degli artt. 3 e 97 Cost..

In estrema sintesi, l'approccio corretto alla disciplina di cui si discetta impone un mutamento di prospettiva, essendo doveroso sottolineare che la normativa *de qua* non intende tutelare i lavoratori che assistono disabili, quanto piuttosto i disabili stessi, avendo quale precipuo fine quello di assicurare loro la necessaria assistenza. Sicché può evidenziarsi che il disabile non è affatto lesa dalla disciplina collettiva di cui sopra, poiché il meccanismo dell'assegnazione provvisoria lo tutela al 100%.

Peraltro, lo si ribadisce, l'assegnazione annuale, anziché definitiva, sembra la soluzione maggiormente garantista non soltanto per il disabile, ma anche per gli altri docenti che concorrono, nelle operazioni di mobilità, con chi lo assiste. Ai fini esemplificativi: se l'assistente del disabile potesse avere la precedenza su tutti all'atto della mobilità, ottenendo in via definitiva la sede di suo gradimento, a prescindere dal proprio punteggio, dall'ambito provinciale o interprovinciale interessato e dalla disponibilità effettiva dei posti, ciò comporterebbe una grave violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, creando una discriminazione alla rovescia, poiché questi otterrebbe il trasferimento nella sede ambita con precedenza assoluta e in via definitiva anche nel caso in cui l'assistito dovesse, per ipotesi, morire dopo pochissimo tempo o scegliere di farsi assistere da un diverso congiunto.

Volgendo lo sguardo al quadro generale, il nostro sistema prevede un gran numero di "diritti" di precedenza all'atto del trasferimento e/o assegnazione di posto in una diversa sede di lavoro in base a diverse condizioni soggettive dei



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

lavoratori (lavoratori perdenti posto, lavoratori che intendono rientrare in sede, lavoratori con disabilità propria, lavoratori con prole, lavoratori con familiari disabili, lavoratori che hanno mandato politico/amministrativo, lavoratori coniugi di militari ecc.).

Spetta, quindi, alla Contrattazione Collettiva Integrativa disciplinare e ordinare tali diritti, a fronte della sussistenza delle condizioni legittimanti. In altre parole, il CCNI stabilisce un ordine di priorità “*interna*” che vincola il datore di lavoro pubblico con criteri che garantiscano trasparenza e imparzialità: dunque, la contrattazione integrativa non vanifica le garanzie e i benefici della Legge 104/1992, ma ne introduce una declinazione per sottocategorie che rendono obiettive e verificabili le scelte operate dall’Amministrazione.

Sul sistema di priorità così strutturato, la Suprema Corte ha precisato che simili “*disposizioni si pongono in sintonia con l’interpretazione della L.n.104, art.33, sopra accolta e, soprattutto, predispongono una regolazione del diritto di precedenza, assegnando a ciascuna situazione, in relazione alla sua gravità ed alle connesse esigenze di assistenza, una giusta considerazione ai fini del trasferimento. Nonostante la sua natura negoziale, tale disciplina del diritto soddisfa una esigenza basilare dell’amministrazione, quale la corretta gestione della mobilità del personale, e si colloca nell’ambito del principio del bilanciamento degli interessi che, come sopra evidenziato, la legge privilegia*” (Cass. Civ. Sez. Lav., 15 gennaio 2016, n.585).

**In conclusione, la pretesa di una assegnazione in via definitiva, facendo leva sulla violazione del diritto del disabile, sembrerebbe un mero pretesto, poiché la normativa oggi vigente assicura la tutela e l’assistenza del disabile ed evita, al contempo, che si possa utilizzare la condizione di disabilità del proprio congiunto per scavalcare in via definitiva e in fase di trasferimento soggetti con un punteggio più alto, che spesso attendono da svariati anni di potere rientrare nelle città di provenienza.**

Pare, allora, che la *ratio* della L. 104/92 sia stata oggetto di indebite distorsioni, che giustificano e fondano senz’altro il presente gravame.

Si chiede, pertanto, che l’adita Corte annulli la sentenza impugnata e dichiari la legittimità dell’operato dell’Amministrazione scolastica, rigettando, per l’effetto, le domande di parte appellata. Ciò tenendo, peraltro, in considerazione che, nel caso di specie, l’Amministrazione in alcun modo avrebbe potuto disporre il trasferimento interprovinciale, atteso che controparte non ha fatto valere tale presunta precedenza in sede amministrativa, né depositato documentazione a



## AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA

sostegno nel termine perentorio previsto e, conseguentemente, in alcun modo avrebbe potuto esaminare tale richiesta.

### **Spese processuali**

Si impugna, infine, il capo della sentenza di primo grado con cui il Giudice di prime cure ha condannato le Amministrazioni odierne appellanti al pagamento delle spese di lite, poiché l'ondivaga giurisprudenza in materia ne avrebbe giustificato, di per sé, la compensazione. Peraltro, avuto riguardo alla **serialità del contenzioso**, nonché all'assenza di qualsivoglia attività istruttoria, la cifra liquidata dal Decidente di *prime cure* appare a dir poco eccessiva.

Vorrà, pertanto, l'Ecc.ma Corte adita riformare anche la statuizione sulle spese di lite.

### **Istanza di sospensione della sentenza di I grado**

Da tutto quanto sopra esposto, emerge il c.d. *fumus boni iuris* del presente appello, motivo per il quale l'Amministrazione formula altresì istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza di I grado, tenuto altresì conto del pericolo di pregiudicare gli interessi degli altri concorrenti in graduatoria.

### **ISTANZA PER LA NOTIFICA EX ART. 151 C.P.C.**

Infine, stante l'elevato numero dei controinteressati, si chiede sin d'ora di essere autorizzati alla notifica del presente ricorso agli stessi mediante pubblicazione di un avviso sul sito del Ministero, o mediante altri canali istituzionali ritenuti adeguati dall'Ecc.ma Corte d'Appello adita.

\*\*\*

Per tutte le ragioni sopra esposte, si formulano le seguenti

### **CONCLUSIONI**

Voglia l'adita Corte di Appello di Messina, previa fissazione dell'udienza di comparizione delle parti e discussione:

- In via preliminare, disporre la sospensione dell'esecutività della sentenza di I grado;
- Nel merito, accogliere il presente appello, riformando la sentenza di primo grado, anche nel capo relativo alle spese;
- Con vittoria di competenze, spese ed onorari di entrambi i gradi di giudizio, parzialmente devoluti, *ex lege*, al fondo per la riduzione della pressione fiscale, a norma dell'art. 9, comma 4, del D.L. 90/2014, convertito con Legge 114/2014.

\*



## **AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI MESSINA**

Ai fini del D.P.R. 115/2002, si dichiara che il valore della causa è indeterminabile ed il relativo contributo unificato va prenotato a debito, secondo le disposizioni di cui agli artt. 11 e 158 D.P.R. 115/2002 vigenti per l'Amministrazione dello Stato.

Ai fini istruttori, si producono la sentenza impugnata e gli atti relativi al giudizio di I grado.

Messina, 23.11.2022

**Chiara Casadio**  
**Procuratore dello Stato**

